

Quand la Cour de justice reconnaît les activités réservées des notaires...

Issu de Defrénois - 30/05/2017 - n° 10 - page 647
ID : DEF126q8

Auteur(s):

- Cyril Nourissat, professeur agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Jean-Moulin (Lyon 3), chaire notariale européenne

La Cour de justice de l'Union européenne juge, par un arrêt éminemment important du 9 mars 2017, que le traité ne s'oppose pas à ce que les États membres accordent aux seuls notaires le pouvoir d'authentifier les actes soumis à publicité foncière. Il s'agit là d'une reconnaissance éclatante des activités notariales réservées mais dont la portée au-delà du système du livre foncier mérite d'être analysée.

L'essentiel

L'article 56 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation d'un État membre qui réserve aux notaires l'authentification des signatures apposées sur les documents nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers.

1. Parmi les arrêts prononcés récemment par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et intéressant le notariat, la décision *Piringer*¹, objet des lignes qui vont suivre, occupe probablement le premier rang. Et pas uniquement parce qu'elle a fait l'objet d'un communiqué de presse du juge de Luxembourg²... En effet, et sans exagération aucune, il est possible d'y voir une contribution jurisprudentielle majeure à l'idée même d'un notariat européen. Ainsi, en quelques semaines, la CJUE a pu à nouveau constater le manquement d'un État membre (au cas précis la Hongrie) qui a laissé perdurer une condition de nationalité en matière d'accès à la profession³. Par deux arrêts rendus le même jour par la même chambre et intéressant respectivement les règlements *Bruxelles I bis* et *TEE*⁴, la CJUE a pu refuser la qualification de juridiction à un notaire intervenant dans le cadre d'une procédure d'exécution, soulignant au passage les différences fondamentales entre le système judiciaire et le système notarial et n'hésitant pas à faire sienne l'existence d'un « service public notarial »⁵.

2. La Cour a donc pu aussi, et pour la première fois, se prononcer indirectement sur l'« euro-compatibilité » d'une activité réservée aux seuls notaires par une législation nationale. Dans cet arrêt, la Cour retient en substance que les dispositions du traité fondateur intéressant la libre prestation des services doivent être interprétées en ce qu'elles ne s'opposent pas à une réglementation « qui réserve aux notaires l'authentification des signatures apposées sur les documents nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers », ce qui éclaire incontestablement plusieurs questions récurrentes dont l'actualité est certaine, ne serait-ce qu'en raison de la diffusion en janvier dernier de la très discutée (et discutable) proposition de directive *Proportionnalité*⁶.

3. Disons-le d'emblée, l'arrêt sous commentaire suppose de prendre plusieurs précautions lorsqu'on entend en apprécier la portée. Il faut y voir la conséquence logique des spécificités du mécanisme préjudiciel en interprétation qui peuvent, parfois, dérouter le lecteur et l'annotateur. La fréquentation assidue de cette jurisprudence incite de plus en plus à la prudence afin de ne pas « sur-interpréter » ce que dit la Cour, comme il faut toujours se défier d'une tendance par trop marquée (notamment en France) à « sur-transposer » les directives...

I – L'arrêt du 9 mars 2017

4. Le contexte et les faits à l'origine de la réponse de la Cour doivent être bien sériés. M^{me} Piringer est propriétaire pour moitié d'un

bien immobilier situé en Autriche. Le 25 février 2009, elle a signé en République tchèque une demande d'inscription au livre foncier autrichien d'un projet de vente. La signature de la demanderesse figurant sur cette demande a été authentifiée par un avocat tchèque, conformément au droit tchèque. Le 15 juillet 2014, M^{me} Piringer a introduit cette demande d'inscription auprès du tribunal du district de Freistadt en Autriche qui gère le registre foncier. Cette juridiction a rejeté la demande 3 jours plus tard, au motif que la signature de M^{me} Piringer n'avait pas été authentifiée par un tribunal ou un notaire ainsi que le prévoit la loi fédérale autrichienne sur le livre foncier applicable en l'espèce.

La juridiction supérieure a confirmé le jugement, relevant notamment que l'article 21, paragraphe 2, de la convention austro-tchèque organisant la reconnaissance des actes authentiques entre les deux pays ne peut pas s'appliquer à un acte sous seing privé contenant une mention apposée par un avocat. L'affaire a alors été portée devant l'*Oberster Gerichtshof* (Cour suprême d'Autriche) qui a estimé nécessaire de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice.

En substance, un État membre peut-il exclure, de la libre prestation de services par les avocats – gouvernée par la directive n° 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats – l'authentification des signatures sur les documents nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers et réserver l'exercice de cette activité aux notaires ?

Et, toujours en substance, l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) fait-il obstacle au droit autrichien qui réserve aux notaires l'authentification des signatures sur les documents nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers et partant à la reconnaissance dans le pays du registre de la déclaration attestant l'authenticité de la signature, dressée par un avocat établi en République tchèque, alors que dans ce dernier pays cette déclaration a la même valeur juridique qu'une authentification par le juge ou le notaire ?

5. Suivant les conclusions présentées par l'avocat général Szpunar le 21 septembre 2016, la Cour de justice va répondre aux deux questions successivement.

Concernant, tout d'abord, la directive *Avocats*, et à la suite d'une motivation qui emprunte aussi bien à l'interprétation textuelle qu'historique, la Cour, relevant que « la dérogation établie par l'article 1^{er}, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la directive n° 77/249 ne visant que des catégories déterminées d'avocats, habilitées par l'État membre concerné à exercer leurs activités professionnelles sous l'une des dénominations précisément identifiées par la directive elle-même, et non pas des professions autres que celle d'avocat », peut décider que ce texte n'a pas vocation à s'appliquer à la situation en cause où le droit autrichien réserve l'authentification aux notaires alors que cette dernière peut être réalisée par des avocats dans un autre État membre.

Concernant, ensuite, l'article 56 TFUE, la Cour de justice déroule un raisonnement et une motivation des plus classiques qui la conduisent à considérer que si le fait de réserver aux seuls notaires cette activité d'authentification des documents nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers est bien constitutif d'une restriction à la liberté de prestation de services, cette restriction n'en est pas moins justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et le dispositif autrichien, apte, nécessaire et proportionné à l'objectif poursuivi.

6. En synthèse, cette activité réservée des notaires passe avec succès la rampe du test de proportionnalité et justifie que l'avocat tchèque ne puisse se prévaloir de la libre prestation des services pour réaliser sur le territoire autrichien ce qu'il a le droit de faire en République tchèque. La libre prestation des services (dans son volet de libre prestation des services « passive ») échoue à ouvrir le monopole au motif essentiel que les services d'avocat ne sont pas les services de notaire, que l'on raisonne donc à partir de la directive « sectorielle » ou à partir du droit du traité. Les enseignements paraissent alors pouvoir être de deux ordres.

II – Une reconnaissance éclatante des activités notariales réservées

7. D'une part et à titre général, la Cour de justice conforte son approche de la profession réglementée (ici, le notariat) par le biais des « activités réservées », c'est-à-dire selon une approche de monopole.

Au cas précis et comme on l'a déjà souligné, elle procède en deux temps, envisageant successivement le droit dérivé puis le droit originaire, la directive *Avocats* de 1977 puis l'article 56 TFUE.

Dans les deux cas cependant, elle envisage l'activité d'authentification sous l'angle du fait qu'elle est « réservée » aux seuls notaires, qu'elle traduit « les spécificités propres à l'activité notariale » (pt 60 de l'arrêt) ; spécificités qui rejaillissent sur son statut et que la Cour rappelle : encadrement des procédures de recrutement, limitation de leur nombre et de leurs compétences territoriales, régime de rémunération, indépendance, incompatibilités et inamovibilité...

Dit autrement, si – en droit européen – le notariat peut bien prétendre à la qualification d'activité réglementée, c'est davantage en raison du fait qu'il se voit confié des « activités réservées » qu'en raison du titre professionnel qui est le sien, pour reprendre la grande distinction mise en lumière par la Commission européenne elle-même dans les textes qu'elle a pu élaborer, et en dernier lieu dans le paquet « proportionnalité » de janvier 2017.

8. L'arrêt *Piringer* doit alors être compris comme l'un des plus nets jamais prononcés affirmant que ce qui fait la profession réglementée ce sont les activités réservées. On lira alors avec profit les développements consacrés aux activités réservées des

avocats et aux activités réservées des notaires dont la Cour de justice estime, dans cet arrêt, qu'elles ne sont pas similaires (pt 49 de l'arrêt), d'où le fait que logiquement la libre prestation des services (organisée aussi bien par le droit originaire que par le droit dérivé) échoue en définitive à recevoir application. Comme nous l'avons écrit de longue date et à plusieurs reprises⁷, la profession réglementée en Europe (et au premier rang le notariat) procède de l'identification de ses activités réservées bien davantage que d'un quelconque statut. Ce dernier, s'il existe, est second et non premier ! Et à qui en douterait, l'arrêt sous commentaire en apporte confirmation : pour le juge européen, l'authentification c'est le notariat (européen) avant tout car elle est la voie par laquelle « les activités notariales poursuivent des objectifs d'intérêt général, qui visent notamment à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers » (pt 60 de l'arrêt).

9. D'autre part et à titre particulier, l'arrêt *Piringer* établit que la création ou le transfert de droits réels immobiliers peut entrer dans le champ d'une « activité réservée » en lien avec l'authentification. La Cour le dit expressément : « Le fait de réserver les activités liées à l'authentification des actes portant sur la création ou le transfert de droits réels immobiliers à une catégorie particulière de professionnels, à laquelle s'attache une confiance publique et sur laquelle l'État membre concerné exerce un contrôle particulier, constitue une mesure appropriée pour atteindre les objectifs de bon fonctionnement du système du livre foncier ainsi que la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers » (pt 65 de l'arrêt).

On ne s'en étonnera pas dès lors que l'on retient le sort si particulier réservé au droit réel immobilier en droit de l'Union, qu'on l'envisage ici sous l'angle du droit du marché ou qu'on l'examine ailleurs sous l'angle de la coopération judiciaire civile. On renverra concernant ce dernier angle d'approche à ce que nous avons pu écrire dans la dernière chronique de droit notarial de l'Union européenne⁸ et on signalera depuis le remarquable arrêt de la première chambre civile qui en tire une exacte conséquence quant à l'incompétence du juge français pour connaître d'un litige relatif à un partage entre résidents français d'une indivision portant sur un immeuble situé à l'étranger⁹. Concernant le droit du marché, la solution retenue par l'arrêt sous commentaire est justifiée par la Cour elle-même – dans son communiqué de presse – par sa volonté de « garantir la sécurité juridique des transactions immobilières ». Et on rappellera que même dans un État membre (le Royaume-Uni) où le vent de la dérégulation des services juridiques a fortement soufflé depuis 2007, une exception importante est prévue à la section 12 du *Legal Services Act* au titre de laquelle se retrouve énumérées les *reserved legal activities* et notamment les *reserved instrument activities concerning land registration and real property* ainsi que les *notarial activities* !

III – Quelle portée au-delà du système du livre foncier ?

10. Une remarque complémentaire mérite d'être formulée. La lecture attentive du point 65 de l'arrêt peut en effet conduire à s'interroger sur la portée exacte de la solution posée.

En identifiant une activité réservée aux seuls notaires (« l'authentification des actes portant sur la création ou le transfert de droits réels immobiliers ») et en décidant que celle-ci satisfait aux exigences du test de proportionnalité en ce qu'elle est bien « une mesure appropriée » – en un mot, en la considérant comme « euro-compatible » – la Cour a-t-elle entendu limiter sa solution au regard du seul objectif « de bon fonctionnement du système du livre foncier » (ici érigé en raison impérieuse d'intérêt général) ou la solution peut-elle aller au-delà, notamment lorsqu'un État membre repose sur un système juridique avec un livre foncier dont les inscriptions ne sont pas constitutives de droit ou même sur un système juridique sans livre foncier ?

Pour faire simple, l'interprétation ne vaut-elle que pour l'ordre juridique autrichien et donc, par exemple, pas pour l'ordre juridique français ?

La réponse nous paraît devoir être négative à deux titres.

D'une part, la Cour de justice rattache cette activité réservée à la raison impérieuse d'intérêt général plus générique et désormais bien connue depuis la première salve des arrêts sur la clause de nationalité qui tient à « la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers ». La conjonction « ainsi que » est en ce sens essentielle tout comme est déterminant le fait que la Cour évoque « les objectifs » et non « l'objectif ». Dit autrement, et sur un plan formel, la justification reconnue (et consacrée) par la Cour ne tient pas exclusivement à la considération du livre foncier tel qu'organisé par l'Autriche mais aussi (et sans qu'on puisse la considérer comme cumulative en raison du pluriel qui marque le substantif « objectif ») à la considération de la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers.

D'autre part, l'analyse et la mise en perspectives sur le long terme des motifs qualifiés de raison impérieuse d'intérêt général (et de leur maniement par la Cour de justice) démontrent la plasticité de la notion et son caractère accueillant sous la seule réserve de la poursuite d'un objectif purement économique¹⁰. Très concrètement, et sur un plan substantiel, un État pourra très probablement se prévaloir du précédent *Piringer* même s'il ne connaît pas le système du livre foncier pour justifier de réserver aux seuls notaires l'authentification des actes nécessaires à la création ou au transfert de droits réels immobiliers. C'est alors avant tout la cohérence de son système qui sera – le cas échéant – examinée par la Cour de justice ou plutôt par le juge interne. D'où une nécessaire vigilance à l'égard de toute mesure – même en apparence anodine – qui pourrait attenter à cette cohérence.

11. En définitive, cette séquence jurisprudentielle de ce début d'année peut être synthétisée de manière assez simple : un notaire n'est pas un juge ; un avocat n'est pas un notaire. Et réciproquement... Car, et c'est une précision décisive apportée par la Cour de justice, leurs activités ne sont pas les mêmes : « L'activité des avocats consistant à certifier l'authenticité des signatures apposées sur

des actes n'est pas comparable à l'activité d'authentification effectuée par les notaires, des dispositions plus strictes régissent le régime des authentifications » (pt 66 de l'arrêt). OÙ la Cour de justice confirme à nouveau qu'en droit de l'Union comme en droit interne certifier et authentifier sont deux activités bien différentes¹¹. Plus largement et par voie de conséquence, l'Europe est bien celle des professions du droit et non de la profession unique dont la perspective avait – un temps – séduit quelques brillants esprits.

12. Deux observations ultimes peuvent alors être formulées.

En premier lieu, avec l'arrêt *Piringer* comme avec les arrêts *Pula Parking* et *Ibrica Zulfikarpašić*, la Cour de justice illustre de manière concrète l'affirmation contenue dans le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à propos de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, selon laquelle l'Union suppose « le respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres »¹². Même s'il n'est pas logiquement fait mention explicite de cette disposition par le juge européen au cas précis qui concerne le seul marché intérieur, on perçoit aisément que – petit à petit – le lien s'opère entre l'espace de liberté, de sécurité et de justice, d'une part, et le marché intérieur, d'autre part. C'est heureux !

En second lieu, la Cour de justice paraît aller dans le sens de la consécration d'un notariat transfrontière, de services notariaux transfrontières, ce que le principe de confiance mutuelle, « pierre angulaire » de l'espace européen, commande probablement. Ainsi, se décline aussi dans le cas particulier des notaires la solution générale qui veut que l'article 56 TFUE « exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction à la libre prestation des services, même si cette restriction s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres États membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services similaires » (pt 49 de l'arrêt). La similitude des 22 notariats européens dans le domaine du service de l'authenticité en est le terrain d'illustration le plus parfait. Et que les notaires ne soient soumis en l'état ni à une directive générale (« reconnaissance des diplômes », « services », « proportionnalité »), ni à une directive sectorielle (à l'inverse des avocats) n'y change rien ! C'est donner (enfin !) chair au notariat européen, plus généralement au projet européen à un moment de sa vie où il en a grand besoin...

- 1 – CJUE, 9 mars 2017, n° C-342/15, *Piringer* : [Defrénois flash 20 mars 2017, n° 138t0, p.1](#) ; JCP G 2017, 451, note Pertek J.
- 2 – Communiqué de presse n° 28/17, 9 mars 2017.
- 3 – CJUE, 1^{re} ch., 1^{er} févr. 2017, n° C-392/15, *Commission c/ Hongrie*.
- 4 – Respectivement, CJUE, 2^e ch., 9 mars 2017, n° C-551/15, *Pula Parking* et CJUE, 2^e ch., 9 mars 2017, n° C-484/15, *Ibrica Zulfikarpašić* : *Procédures 2017*, comm. 90, note Nourissat C.
- 5 – V. en ce sens par ex. : CJUE, 2^e ch., 9 mars 2017, n° C-551/15, pt. 56.
- 6 – Sur laquelle, v. Nourissat C., « Droit notarial de l'Union européenne », [Defrénois 15 mars 2017, n° 125x7, p. 317](#), spéc. n^{os} 11 et s.
- 7 – V. en dernier lieu, Nourissat C., « Un modèle pour l'Europe », in Mekki M. et Kermin G. (dir.), « Quel avenir pour le Notariat ? », JCP N 2017, 1126.
- 8 – [Defrénois 15 mars 2017, n° 125x7, p. 317](#), spéc. sous les n^{os} 18 et s.
- 9 – [Cass. 1^{re} civ., 20 avr. 2017, n° 16-16983](#).
- 10 – V. en ce sens, la synthèse opérée in Nourissat C. et de Clavière-Bonnamour B., *Droit de la concurrence. Libre circulation. Droit de l'Union. Droit interne*, 5^e éd., 2016, Dalloz, spéc. n^{os} 257 et s.
- 11 – V. déjà en ce sens, CJUE, 7^e ch., 10 sept. 2015, n° C-151/14, *Commission c/ Lettonie*.
- 12 – TFUE, art. 61, § 1.

Auteur(s) :

- Cyril Nourissat, professeur agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Jean-Moulin (Lyon 3), chaire notariale européenne